

商號に關する諸問題

堀部 靖雄

はしがき

登記商號の保護に關しては商法第十九條及び第二十條(改正法案一九、二〇)に規定があるけれども、未登記商號に關しては商法第十六條以下(改正法案一六以下)の一般的規定の外には何等の規定が存しないのみならず登記商號と未登記商號との關係は未だ明確にはなされて居らぬ。更に商號が行使されることによりて生ずる效果の性質に就いては一般的に論ぜられて居らぬ。然るに此の問題に關しては不正競争防止法第一條第一項第一號及び商法改正法案第二十一條が或る特殊な態度を吾人に示して居る。而して此問題に關する解答が與へられることによりて、上掲の諸問題若くは法典上及び理論上の不備が補はれ得るものと考へるが故に私は之等の諸問題に關する私見を開陳し度いと思ふ。元より淺學の者、考究の不備と相俟つて、その論ずる所正鵠を逸しては居ないかと、そのみを恐れる。

第一章 商號行使とその效果

一 商號は營業上商人の人格を表彰する一の人格的標章 *persönliche Bezeichnung* であつて營業上爲した諸種の行爲の結果の歸屬者たる商人を表彰すると共に營業の所屬する人格を表彰するものである。之を經濟的に觀察するときは、商號は企業の外袍であり、その要素として商人の名聲又は信用を表はし、あたかも營業そのものを表彰するかの如くに見られるのである。然しながら商號は營業上の商人の名稱であるから（商一六、商改一六）、營業の名稱ではないし、暖簾を表彰するものではないと云はれて居る。

我商法は獨佛諸國の商法に於けるが如く人的商號の原則を採用しないと共に商號眞實の原則も本則として採つて居らぬので、商號とその帶有者との間に於ける人格的結合は比較的薄弱であると云はざるを得ないのであつて、我商法に於ける商號が特定の商人を表彰する効果を收めるがためには他の諸國に於けるが如く單に先使用に置くことだけでは不充分であるべきはすである。從て經濟的に視た商號の意義が働き得る餘地は我商法の下に於ては、より多く存するの理である。故に我商法の下では營業の觀念と商號の觀念との遊離が商號選定の自由を採用することによりて他の諸國の場合に比して、より大ならしめられて居ると云ひ得るのである。^②

註① Wieland, Das deutsche Handelsrecht, I. S. 178.

② 我國では從來は屋號を用ひて營業が爲され、屋號は人的商號でもなければ物的商號でもなかつたので、我國に商號眞實の原則を採用するのは困難であつたと云はれるのは明白に商號と營業との遊離する事實を告白するものである。

二 斯くの如く商號は營業的活動につき商人を表彰する名稱であるから、商號の行使とは營業の所有者が商號によりそれ自身を表彰し又は表彰される營業取引上の總ての活動(商號たる標章の利^③用)を意味するものと解することについては異論はないやうである。

然らば此の如き意味に於ける商號の行使の結果は人格の表彰のみに終るかと云ふにさうではなくて營業的活動に結果する或る經濟的な利益を表明する場合もあり得るのである。^④例へば商品又はその包装上に商號を使用した場合、或は營業的設備上にそれが使用された場合等に於ては、商號はその商品が特定の商人に由來することを表明するか、或はその營業が特定の商人に所屬することを表明するのであつて、その意味に於てのみ人格の表彰たり得るのであるに止り、更に此の外にその商品又は營業が特定の商人に所屬することによりて生ずる或る關聯又は占有的關係に基く或る利益をも表明するのである。從てその侵害の結果は或る經濟的利益の喪失を來たすのである。

而して通常は商號の人格表彰たる性質に重きを置き、單に登記商號についてのみ財産的利益を認めるやうであるが、商號の有する經濟的價值を度外視して商號行使に於ける法律的限制を定めんと

するのは無益であると思ふと共に登記商號が單に特殊な手續を履踐したために、それについてののみ無體財産權を認めるのは商號の本質を誤解するものであると思はれる。

註③ 商號の行使の意義に就いては Wieland, a. a. O. S. 103, I; Ritter, Kommentar, S. 83, Anm. 5 等を参照され度い。

④ 商號行使の場合としてリッターは營業上の取引行爲、訴訟行爲等に於ける行使は勿論、住所簿、電話帳、公告、登記の申請、新聞廣告、紹介狀、計算書、看板、營業書類、電信略號、營業標識、商品若くはその包装上に於ける商號の行使等を擧げて居る (Ritter, a. a. O.)。最後の場合に就いては争があるけれども、積極的に解すべきである (同說大審昭一〇、四、二、民五判、廣島地昭六、一〇、二三、民一判、新聞三三三七號一一頁、Wieland, a. a. O., Ritter, a. a. O., Pisko, bei Ehrenbergs Handbuch, II. S. 317, 反對 RGZ. 3, S. 165; 22, S. 60)。

三 商號の行使は商人を表彰するための總ゆる行使を意味するのであるが、それを客觀的に觀察した場合には、その行使は大體に於て二様の異つた意味を吾人に示すものであると思はれる。^⑤ 即ち一は商號が營利の手段として行使される場合であつて、他は然らざる場合である。而して此のことは商號の有する經濟的意味乃至價值が表現されると否とに關するものであるから、商號行使の法律上の意義とその價值には何等の關係を生じないとなす者があると思はれるが、それは商號行使權の性質を定める上については當然のことであると思はれる。然し商號は如何なる場合且つ範圍に於て保護されるかを觀察する場合には常らない非難である。

商號が營利の手段として行使されない場合從て營利的活動の效果範圍の擴張若くはその維持を

目的としない場合又は營業的活動が他の同業者の存在を前提としないで爲される場合、例へば法律行爲の締結又は訴訟行爲の提起に際して商號を使用する場合、計算書、住所簿、營業用書類等に商號を用ひる場合、その他之に類する用法に於ける商號の行使に於ては、商號は人格的標章たる性質を表はし、此の場合だけを觀察するときは商號は氏名と同様に人格權の客體を爲すか或は人格的貨物を爲すものとして理解されるのは當然であつて、登記の有無に拘らずその行使は保護さるべきである。又商法第二十條(改正法案二〇)は此の場合には適用の餘地がないはずである。但し改正法案第二十一條は此の場合にも適用がありはしないかと云ふ疑があるが營業の混同が不正の目的による商號の行使によりて生ずることを必要とするので同條は此の場合には關係を有しないと觀るのが至當であると思はれる。

然るに商號は法律行爲締結又は訴訟の提起、其の他の非營利的手段に於てのみ行使されるに止らないで、營利の手段としても行使されるのである。而も商號本來の性質とその存在意義は此の場合に於て始めて明確にされ得るのである。

商號が營利の手段として行使される場合は、同種營業者の存在を前提とし、自己の營利的活動の效果範圍の擴張、少くともその維持を目的とするのが通常である(勿論同種營業者の存在を前提としない場合もあり得る。然し此の場合は稀であると共に大なる意義を有しない)。即ち此の場合は主として商人が他の同業者との關

係に於て自己の營業的活動を特色附けることによりて有利なる地位を獲得せんとする目的を以て爲されるのである。^⑥而してその最も適例としては、商品又はその包装上に於ける商號の使用、營業設備上に於ける商號の使用、廣告手段上に於ける商號の利用等を舉げることが出来る。

商號がかくの如き用法に於て行使されたときには、多くは商標と同様の効果を表はすか、營業施設 *Ausstattung* としての作用を表明するのである。然し最初から之等の作用は意圖される必要はないのであつて、此の商號の用法も商號としての行使として理解しなければならぬのである。即ち商號が營利の手段として行使されたときにも、それは固有の人格標章の性質を表明するものとして行使されて居るのである。従て此の如き作用を生じたからと云つて商號は人格的標章力を失つたのではなく、むしろ商號の行使者の爲した營業的活動の結果がその者に歸屬すべきことを示す意味に於ては依然として人格標章たるの性質を有するのである。然し此の如き狀態が繼續的に生じ、取引上廣くその商號とその行使者との結合關係が認識されるに至るときは、商號^⑦は商人がその營業的活動によりて獲得した經濟的な利益、或る場合には取引上の名聲或は暖簾又は老舗としての利益を表はす結果を生じ、そこではある財産的利益を期待する所の商號に對する占有的狀態を商人に與へると云つても差支へないこととなるのである。

註⑤ 商號の行使に二様の異つた意味があることは、氏名に競爭關係に於ける行使と然らざる場合との二様の行使方法があると略す

同様である。而して氏名について之を明確に認める者は Reimer, Das Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1933, I, S. 421, Kap. 80 である。

⑥ 故に此の如き場合の商號の行使を競争關係に於ける行使又は競争生活 Wettbewerbssleben に於ける行使と稱へることが出来る。

⑦ 獨逸法では商號がその行使者との間に於ける結合關係を表はし、後述の如き營業上の標識手段 gewerbliches Kennzeichnungsmittel たるの性質を有するに至るのには、商號が行使に置かれること Ingebruchsnahme を必要とし、且つ之を以て足ると共にそれが他の同業者との關係に於ては先使用に置かれたことによりて保護されるか否かが決定せられると爲す (Vgl. Becher, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1932, S. 130 fg. Calmann, Der unlautere Wettbewerb, 1939, S. 277 fg. Anm. 57 f. zum § 16)。然し我國のやうな人的商號の原則を採らぬ國では同業者との關係に於ては先使用に置くか否かの問題は重要であるにしても、單に商號が行使に置かれたことを以て直ちに、法律上保護するに足る經濟的利益が行使者に生ずると爲すことを得るや否やについては再考を要すると思はれる。勿論商號を人格標章としてのみ考へるときは行使に置くことによりて商號權が生ずるのは當然である。

四 上述の如く商號はその行使の方法が異なるによりて異つた結果を表はすものである。而して商號が營利の手段として行使された場合にも、それは營業的活動に於て特定の人格者を表彰するのであつて、それが一定の條件を具備することによりて商號とその行使者との取引上に於ける結合關係を表はすに至るから、商號行使權(商號行使權を認むるものとすれば)は一方に於ては人格權としての性質を有すると共に他方では財産的權利たる性質をも有し得ると云はねばならぬのである。⑧

從て商號權は人格權なりや財産權なりやの争は結局商號權は商號行使の結果をも法律的に保護されることを要求するものかどうかについての考の相異から生ずるに過ぎないと観ることが出来る。

註⑧ 或は商號權は一人の人格權であるが、營業との關連に於ては人格とは關係はなく、從て財産權としての性質を有し、特別の財産的價值を有するとなし (Vgl. Düringer-Hackenberg, Kommentar, 1030, I, S. 281 ff., Anm. 7), 又或は營業上の標識上に權利を認めるときは、無體財産權の成立を認めねばならぬとし、例へば氏名が商品上行使され又は商號として行使されたときは、それは人格權の無體財産への轉落 *Herabwürdigung des Persönlichkeitsrechts zum Immaterialgut* であるとす (Callmann, a. O. S. 277, Anm. 26 zum § 16) のは商號權に二重の性質あることを明示して居る。尙ほ Reimer, a. a. O. S. 441, Kap. 88, S. 61, Anm. 18, Baumbach, a. a. O. S. 312 等によれば商號は無體財産であつて、ライマーは商號權を一の準物權的排他權 *quasdingliche Ausschussrecht* とつて居る (Reimer, a. a. O.)。

五 商號權が商號の行使によりて生じた經濟的な利益をも保護することを目的とすること否、むしろ商號權と云はれるものは、廣く商號を安全且つ有用に行使し得る權利と營業上生ずる經濟的な利益の安全なる享有を爲し得る權利とを包括する權利であることを示す我成文法上の根據は不正競争防止法第一條第一項第一號に於ける規定を以てその主たるものとなし得る(其の他商標法に於ける規定は之を問はないことにする) と共に商法改正法案第二十一條の規定も亦重要なものの一として掲げることが出来る。

不正競争防止法第一條では不正の目的を以て取引上廣く認識された商品の區別標章と誤認混同

を生ずる虞ある標章を附した商品の販賣擴布を爲した者に私法上の責任を課する規定であつて商號が商品上に使用され且つその商品と商號權者との連結が廣く取引上認識されたときは、その商號權者はそのことによりて取引上の信用を得る結果之を競争關係に於て保持することは、その營業的活動の成果を安全に享有し得るの利益を保つこととなるのであつて、法律が之を保護することによりて、その者は商號に對する經濟的利益を伴ふ準占有的關係を享有する權利を得たこととなるのである。從て此の場合に於ける商號はその無體財産的な性質を表はし、その性質に於て保護されて居ると云はざるを得ないのである。^⑩ 若し此の場合にも人格標章としての商號從て人格權の客體としての商號が保護せられると云ふのならば、法文に、取引上廣く認識せらるゝと云ふことを要求する必要はないのである。

更に商法改正法案第二十一條は不正の目的を以て他人の營業なりと誤認せしむるに足るが如き商號を行使し得ない旨を定め、此の如き商號の行使の結果利益を害せらるる虞ある者はその商號の行使の差止を請求し得る旨をも規定して居る。^⑪ 而して茲に所謂利益とは何かについては、その意味は不明確ながらも、營業の主體として自己が表彰されることを指して居るのは勿論であるが、更にある經濟的利益の減少をも豫定に入れてその利益の保持、之を換言すれば、商號權者が取引上その商號の行使を通じて獲た利益の保持を爲すことをも包含することは、營業の混同によりて利益を害せら

るる虞ある者に行爲差止請求權を與へ損害賠償の請求をも許すことより觀て明白である。從て同條は商號の有する無體財産的利益をも商號權の内容と爲し得る理論に論據を與へるものと云はねばならぬ。そして營業の混同を前提とし、之により利益を害せらるる虞ある者を保護せんとするのであるから、前述の如き性質を同條に求むる限りは營業と商號との結合關係が法律上保護され得ることを認めたとも云へるのである。

註⑨ 此の規定は獨逸不正競争防止法第十六條に比してその範圍が狭いのであるが商號と商品の信用との關係から商號の有する經濟的意義を或る範圍に於て認めた點に特色があると思はれる。

⑩ 商號の保護が此の如き意味に於ても爲されることは、商法に於ける商號保護に關する規定が擴張されたこととなり、登記商號と未登記商號との關係について新しい問題が提供されるに至るのであるが此の問題については之を後述する。

⑪ 改正法案第二十一條に所謂不正の目的の意義は不明確であるが同第二十條の不正の競争の目的（現行法二〇條）が直接の競争關係從て同種營業者の關係が存することを前提とする觀念なることは一般に認められる所であるから、第二十一條の不正の目的は商號權者と異種商業を營む者との間に於ても存するのである。然し他人の商號と誤認混同を生ずる虞ある商號が使用されることによりて營業上有利な地位を得んとする目的がなければ意味を爲さないから、矢張り自己と同種營業者に對する關係に於ては競争目的が存することを要するものと云はねばならぬ。從て所謂不正の目的による商號の行使とは同種營業者との競争目的を達するため、又は少くとも營業上有利な地位を得る目的を以て、自他の營業の混同すべきことを知り又は知らざるべからざるに拘らず他人の商號と誤認混同を生ずる商號を行使することを指すと爲すべきであらう。

六

既に述べたやうに商號權を二方面から觀察して、商號の無體財産的性質の方面を認むるとき

に疑問となるのは、商號と營業標章又は記號とは結局區別せられないのではないかと云ふことである。然し營業標章又は記號 *Erblissenensbezeichnung, Geschäftsabzeichnung od. Geschäftsbezeichnung* は營業名ではないから、その構成に於て商號とは區別されるのみならず之等は人格標章的性質を缺いて居るから商號とは全然別個のものである。⁽¹²⁾ 例へば三越、帝劇と云ふが如き或は丸字中に越の文字を記し營業上使用するが如きは總て此の場合に屬するのであるが、之等の標識は商號よりなる場合があるし、商號の要部より成る場合もある。而して商號の行使は商號の要部の行使を以て足りるので（同見東京地昭四、五、二〇、判、新聞二九八一號二六頁參照）、營業標章が商號の要部から成立するときは、その行使は商號の行使であるから、その營業標章は商號として保護すべきであると云はざるを得ない。⁽¹³⁾

又上述の意味に於ては商號と商標との區別が爲され難いこととなるが、商號が經濟的利益を得るのはその本質に於て人格標章たるが故である。從て商號を通じて商人と經濟的利益との關連が認められるに反し、商標は單に商品の品質と商標との關聯の發生のみを最初から意識的に目的となされて居るのである點⁽¹⁴⁾從てその構成の形式に於て異なる點に於て二者區別さるべきである。

⁽¹²⁾ 此の區別については Reimer, a. a. O. S. 304, Anm. 16 fg.; Wieland, a. a. O. S. 175 fg. Fussnote 3 を參照。

⁽¹³⁾ Vgl. Düringer-Hackenburg, S. 570, Anm. 4.

⁽¹⁴⁾ Wieland, a. a. O. S. 176, 烏賀陽博士商法總論七〇頁註2等を參照。

七 上述の理論は商號が登記されある場合と然らざる場合とを區別せず、商號本來の性質より觀

たものであるが、尙ほ商號行使の結果生ずる利益の内容については未だ充分に説明が爲されて居らぬのである。⁽¹⁵⁾但し之に就いては不正競争防止法の解釋に關連して研究さるべきであるので後日の研究に譲り本文では深く之を論じない。⁽¹⁶⁾從て本章は商號權の内容に關する不完全な論述であると云はねばならぬが、此の理を押し進めるときは現行商法第二十條及び改正法案第二十條に於ける商號專用權の内容をば登記なる手續法上の行爲の完了によりて商號に確認された商人と商號との結合關係、之を主觀的に云ふならば營業的活動により獲得した經濟的利益を通じて顯現し得る商號に對する商人の現有若くは準物權的な占有關係であるとなさねばならぬこととなり、その無體財產權たるの性質が明白となる點と、取引上廣く認識されること即ち獨逸法學者が交易的效力 *Verkehrsgeltung* と稱する狀態が商號に生ずるときと、登記が爲されたときとは商號はその行使者に同様の利益を與ふることとなることが明白になされ得るのであつて、上述の理論が是認せらるるものとすればその利益とする所も此所に存するのである。

註⁽¹⁵⁾ 商號の行使によりて生ずる利益が暖簾又は老舗であり從て商號行使權の目的が暖簾又は老舗であるとは斷言出來ない。それは暖簾又は老舗は我大審院の云ふやうに權利と同様に保護さるべき利益であるには（大審六一四、一一、二八、判、民集四卷六七頁以下參照）相異ないが、之が發生は他の種々な條件の堆積を原因とすることより觀ても理解出來る（拙稿本誌前號「英米法に於ける暖簾とその讓渡及び競争制限」參照）。

⁽¹⁶⁾ *Fühler, Besitz, Verkehrsgeltung und Verwirkung im Wettbewerbsrecht, 1932*, は準占有狀態が生ずると爲して居る。尙商號權

の内容を以て準物權的な狀態或は無體財産なりと爲す者については註⑧を參照。

第二章 小商人と商號及び電信略號

一 商號は商人の專用に屬するのであるが、小商人も商號を有し得るや否やに就いては、我國では小商人は商號を有し得ないと云ふのが通説である。

現行商法第八條(改正法案八)は小商人に就いては、商號に關する商法の規定は適用なき旨を定めて居るので、反對論者が云ふやうに商法で商號と云ふのは小商人の商號をも含むとは解し難い。^①成程商號は營業上商人を表彰する名稱であるから小商人と雖も商號を使用し得るには相違ないが、假に小商人が商號を有するとしても、商法に於ける商號保護に關する規定の適用がないので實益を伴はない。従て小商人が有して居る商號は商法に所謂商號ではないと觀ざるを得ないのである。然し小商人と雖も特定の名稱(屋號)の下に於て營利的活動を繼續反覆して爲すことにより、その名稱がその小商人の人格を表彰し得るに到ることは完全商人の場合と同様である。従て法律上何等かの保護が與へられねばならぬであらうと思はれるが、我商法に於ては之に關する規定は全然存しない。又小商人が商號を有し得ぬ結果、現行商法第二十條の不正の競争の目的を以て爲す同一又は類似商號使用差止請求權は、之を小商人に對して行使し得ないのは不合理であるから、此の規定の適用に關す

る限りは、小商人の名稱も商號なりと云はねばならぬと爲す論者があるけれども、小商人には、假に完全商人に不正競争の目的があつたにしても、何等の保護が與へられぬので、反つて不公平さを増すだけであるにすぎぬ。故にむしろ小商人の名稱又は屋號は商法に所謂商號ではないとする方が良いと思はれる。そうすれば小商人から完全商人に對して不正競争を理由として商號使用の差止、損害賠償等の請求を爲し得ないと共に完全商人からもこの如き請求を爲し得ないから、ともかくも公平は保たれ得るのである。^③然し之がために小商人の名稱又は屋號は不正競争より防衛せらるるものではないとは云へないのであつて、不正競争防止法第一條第一項第一號に於ける商號には小商人の名稱又は屋號が包含されるとするのが廣きに失するとしても同法に所謂其の他の表示として保護さるべきである。然し同法に於ける保護の範圍は營業上の諸標章が商品上に於て用ひられた場合にすぎないのであつて、一般的に不正競争より防衛されると云ふのではない。^{④⑤⑥}

上述の如く小商人の名稱又は屋號は商號でなかつた場合に於ては、商法第十八條(改正法案第一八條)に於ける禁止規定の適用上不都合を生ずるが故に、小商人も亦商號を有せねばならぬと云ふのは猪股博士の力説される所である。^⑦同博士の云はれる所は尤であつて、第十八條に所謂商號中には小商人の名稱又は屋號を含まぬものとするときは、小商人がその名稱又は屋號中に會社たることを示すべき文字を用ひた場合には同條第二項の適用を受けぬ不都合を生ずる。然し同條は商號に關する

他の諸條と異りて、商人の營業組織に就きて取引上誤認混同を生ずることを防止し、取引の安全を保護すべきことを目的とするものである。從て同條は一の公益保護を目的とするものであつて、彼の第十九條第二十條（改正法案一九、二〇）等の如き直接には個人的利益の保護を目的とする規定と同一に取扱ふことを得ない。故に小商人には同條が適用せらるるものと積極的に解しなくとも、小商人がその名稱又は屋號中に會社たることを示すべき文字を使用したときは、一の脱法的行爲であるので同條を類推適用し得るのではないかと考へられる。然りとすれば同博士の主張さるるが如き不便は存しないこととなるのである。

尙ほ此の問題と關係する問題は改正法案第二十一條についても生ずる。同條は商號の混用に因る營業の混同に關する規定であつて、小商人が商號を有し得ずと爲すときは同條の適用は、完全商人相互間に於てのみ適用されることとなりて極めて不都合な規定となるのである。そして本論に於ける論旨に反對する者に強力な證據を與へることとなるものと思はれる。然し同條は純然たる不正競争防止法的規定であつて、商號に關してのみ規定すべきものではない。若し商號に關する規定中に置かざるを得ないものとすれば、商號その他營業上使用せらるる名稱の混同すべからざる旨を規定し第八條竝に第十八條及び第二十一條以外の商號に關する規定は小商人に適用なき旨を定むべきである。

之を要するに我國に於ては、我商法規定は不正競争防止法的規定を備ふること乏しきのみならず、完全なる不正競争防止法々典存せず、又此の領域に於ける理論の不熟の結果から生じた混淆さが在るを示すものである。

註① 反對論者は猪股博士日本商法總論一三四、二一七、片山博士商法總則論一四五—一四八等であり、消極説を採るのは烏賀陽博

士京都法學會雜誌九卷七七—七八、松本博士商法原論一七四、竹田博士商法總論三二三その他である。

② 片山博士、前掲參照。

③ 小商人はその營業設備が不完全又は資本金額小に過ぎるのを通常とするから、商業登記、商號、商業帳簿等に關する規定を適用するのが煩雜を招來するので、商法は之等に關する規定を小商人には適用しないと爲されるのが通常である。従て多くの場合に於ては小商人が不正競争を爲すべきであるから本文の如くには解し得ないと云ふかも知れぬが、商法第八條の戸々に就き又は道路に於て物を販賣する者は資本の額如何を問はないのであるから、相當大規模に而も多當廣きに涉る營業範圍を有し、完全商人に優れる營業的活動を爲す者がある。そして商號又は屋號の價值從てそれが有する經濟的效果の如何は實にある營業に於ける效力範圍即ちその供給可能の範圍の大小に於て決定せらるるのであるが故に、完全商人が小商人に對する關係に於て爲す不正競争は存在し得るの理である。然も此の如き場合には小商人は商法の規定によりては何等の救済を受け得ないのである。

④ 獨逸不正競争防止法第十六條に所謂商號は小商人の商號を含ますと爲すのが通説である (Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, I. 1933, S. 441, Anm. 3)。

⑤ 獨逸商法の解釋としては、小商人即ちその企業組織が小經營の域を脱しない商人に就いては商號に關する規定は適用されぬから (同商法四參照)、小商人は自己の氏名を以て營業を爲すべしとなされて居て (Seab, HGB. Anm. 23 zum § 4)、商號保護に關する規定は小商人には適用されない。然し小商人がその氏名の行使に當つて、完全商人の商號と誤認混同を生ぜしむるならば、それは民法第十二條又は不正競争防止法第十六條の違反となるのであるが (Baumbach, Das gesamte Wettbewerbsrecht,

2. Aufl. S. 312)、小商人の營業上使用する名稱は不正競争防止法第十六條に於ける特別なる表示 Besondere Bezeichnung となるので (Kahn-Weiss, Wettbewerbsgesetz, 1910, S. 312)、小商人と雖も不正競争の攻撃より防衛されて居るし、民法第十二條の適用も小商人を除外するものではないから、小商人も又完全商人と同様に保護されて居るのであると解さればならぬ。英米諸國では小商人の觀念を認めぬので問題は生じない。佛商法に於ては個人商人の商號は特に之を認めるやうな規定はない。然し一般に商號は營業上責任を負ふべき營業所有者の民法上の名稱(氏名)より成立すべきものと爲されるので、株式會社は嚴格な意味に於ては商號を有せず、特に non-signature, raison sociale, nom social と稱せられるのが結局商號と同様である。而も同國法では小商人と完全商人との區別を認めないので、小商人に屬すべきものでも自己の氏名を以て營業上の名稱と爲し得る。而も不正競争については民法第千三百八十二條及び第千三百八十三條が適用されるので小商人に屬すべき者も完全なる保護が爲される。故に我國に於ける法制が、小商人に關する限り、最も不完全である。然し小商人はその氏名を以て營業を爲す場合に於ては我國に於ても氏名行使の一場合として保護を爲し得るのではないかと思はれる。

⑥ 商法に所謂商號中には小商人の名稱又は屋號を包含しないと爲す論者中にも、完全商人がその商號を登記したときは、その商人は商法第二十條によりて、自己の商號と同一又は類似の名稱又は屋號によりて營業を爲す小商人に對して、その使用の差止を請求し得るものと爲す者がある(竹田博士商法總論二四三、三二三)。その理由とする所は使用差止權は商號の用法に於ける使用を差止むることを得るがためであるとなす。然しそれは商號の行使によりて生ずる經濟的利益狀態に着眼して居らぬので、依然片手落の理論であるにすぎない。

⑦ 猪股博士前掲書參照。

二 商號は電信略號をも含むや否やに就いては、一般に論ぜられて居らぬが、鳥賀陽博士は「電用の略稱は商號中に藏せらるゝ之が侵害は商號權の侵害たるべく云々」とされて、電信略號も亦商號と同様

に爲すべき旨を主張されて居る。然し其の意味せらるる所は必らずしも明白であるとは云へぬので、その説明を補ふならば、恐らく同博士の意味される所は、電信略號も商號の要部から成立して居る限りに於ては、それは商號と同様に取扱ふべきであるから、或る者が同一の營業を営むに際し、上述の意味の他人の電信略號を使用するならば、その行使は商號行使權の妨害にもなるし、商號專用權の侵害にもなると思はれる。若し然りとすれば所論は正當である。何故ならば電信略號そのものが商號とは何等の關係を有しない名稱又は數字等よりなるときは、それは一種の營業上の記號にすぎないのであつて、取引一般に認識さるることによりてのみ、その行使者を識別せしむるにすぎないのであるし、商人は一營業に就いて二個以上の異つた商號を有し得ないから、此の如き場合は其の電信略號は商號であると云へないし、商號が電信略號を藏すると云へない。然し電信略號が商號の要部から成立して、而も區別力がありさへすれば、それは商號の行使の一方にすぎないから、その行使は當然商號の行使として取扱はるべきである。從て商號中には電信略號が藏せられると云ふのは、此の如き意味に解すべきであると思ふ。^⑧

註⑧ 廣い意味に於ける不正競争防止法上の理論より觀るならば、電信略號は區別力を有しなければ保護に値しないわけである。從て商號又は氏名の要部から成つて居らぬ電信略號は單純なる營業上の記號若し施設にすぎないのであつて、取引上廣く認識せられなければ保護されない。獨逸法に於ては、爭あるも大體此の理に従ふ(Baumbach, Das gesamte Wettbewerbsrecht, 2 Aufl. 3:25 ff.; 營業上の記號となし Reimer, a. O. S. 460, Anm. 3 大體に於て之に従ひ、本註の如く解する者に Callmann, Der unlaut-

第三章 氏名と商號

一 氏名が商號たる名稱となり又は其の主要なる構成要素となり得るのは勿論である(商一六、改一六)。然し氏名は民事取引上のみならず商事取引に於ても個人の人格標章として行使されるのであつて、而も商號は營業取引上に於てのみ個人を表彰するのを本則とするから、氏名と商號との法律的保護の範圍は相異すべきはずである。氏名的人格標章たる機能が商取引にも及ぶものとすれば商號の法律的保護の範圍は氏名に與へられた法律的保護の範圍に蔽ははれないかと云ふ問題を生ずるのである。^①更に氏名が商號となされた場合には自己の氏名を商號とする場合と他人の氏名を商號とする場合とがあるので、各場合に於ける法律關係の相異について攻究する必要を生ずるのである。

註① 獨逸法に於ては民法第十二條と商法第三十七條第二項、商標法第十四條、不正競爭防止法第十六條等との關係が此の場合に該當し、我國に於ては直接に氏名權を保護することを目指す規定はないが一般に認められる氏名權と商法第十八條第十九條(改正法案第二十條と第二十一條)、不正競爭防止法第一條第一號第一項、商標法第七條、第八條等との關係が之に當る。然し我國では氏名權の保護の範圍が不明確であるので獨逸法に於ける程には此の問題は明確とはならぬであらう。

二 氏名を以て人格權の客體と爲すや否や即ち氏名權を認めるかどうかは、我民法第七百九條の規定の解釋上問題とされる所である。^②

假に氏名權なる特別の人格權を認めたとしても、その保護の範圍は、必らずしも廣汎に涉つて、營業上の標章殊に商號に迄も及ぶとは云へない。否むしろ氏名權の保護の範圍は商人が自己の氏名を商號とした場合に迄は（他人の氏名を商號とした場合は後述する）及ばないものと云はねばならぬ。それは商法が民法に於ける理論如何に拘らず商號に關する規定を獨自の立場から置いて居るのみならず、民法上氏名が保護され得るがためには故意又は過失によりて他人の權利を侵害したと云ふ要件が具備せられることを必要とするから、自己の氏又は氏名を商號とする限りは、假令他人のそれと誤認混同されても、直ちに不法行爲は成立するはずがないことより觀ても明白である。

註② 氏名權を認むる者には鳩山博士債權法各論八七五頁、末弘博士債權法各論一〇二六頁、松本博士商法原論一八四頁等があり、之を否定する者に寺尾博士商法原理第一卷二九〇頁、有馬博士不正競業論三八一頁以下等があるが、氏名權を認めんとするのが多數說である。

然し不法行爲に關する限りは氏名權が認められると否とは氏名そのものの保護には大なる影響を及ぼさない。假に民法第七百九條に於ける權利を法律の所謂許容的内容を有すべきものとすれば氏名權の存在は之を否定しなければならぬであらうが、氏名はその帶所有者として一般生活關係に於て他人より區別せしむるの利益を享有せしむるのであつて、氏名の保護は或る程度迄吾人の生活の要求を充たすべきものであるから、法律上保護を加へる必要のあるのは勿論である。故に不法行爲の成立には權

利の侵害を必要とするものとなしても、權利と同様な社會的機能をもつ利益の侵害については之を不法行為に準じて被害者を保護するのは少しも不條理ではない。又末川博士が主張されるやうに不法行為には權利侵害を必要とするものでなくて、民法第七百九條に所謂權利侵害とは、寧ろ法律全體のいはゞ客觀的な立場から加害行為についての、評價を爲すために認められた要件である（同博士權利侵害論三七六）から、行為が違法性を有することの表徴があれば不法行為は成立すると考へられたとすれば、氏名權の成立を認めなくとも氏名は保護され得るし、實に氏名は前述の意味に於て此の學說によりても保護に値するのである。されば本文では氏名權の成否に就いては之を穿鑿しないこととする。

三 自己の氏又は氏名を商號となした場合について生ずる問題は、各人は自己の氏又は氏名を行使し得る利益を有するので、他に同名異人の存するときにも、自己の氏又は氏名を行使することにより生じた他人の損害に就いては責任を負ふべき理由はないが、此の原則は如何なる點に限度が置かれるかと云ふことと、商法第十九條の結果同一市町村内に於ては同一商號は存しないはずであるが、先に自己の氏又は氏名を商號として登記しただけで他人がその氏又は氏名を行使することを妨け、且つその登記を抹消すべきことを當然に請求し得るのは如何なる場合に於ても正當であらうかと云ふことに在る。然るに既に述べたやうに我商法（改正法案でも同様）では商號眞實主義及び人的商號制度を原則として採つて居らぬし、個人商人については商號登記の義務を課しても居らぬと共に登記官吏は實質的審査義務を有して居らぬので、自己の氏又は氏名を商號として使用したときに生ずる不正競争的性質を有する諸關係は之を解決するに困難を感ずるのである。^③

未登記商號相互間に於ける關係に就いて云へば、先使用に在る商號としての氏又は氏名に優先的保護が與へられるべきであるのは説く迄もなく明白であるが、我國に於ては、不正競争防止法第一條に於ける商品の混同の要件を充たすときは、その商號の行使者に故意なくとも先使用に在る商號を有する者に保護が與へらるゝにすぎないのであつて、その他の場合に於ては行使者に故意又は過失のあつたときにのみ先使用に在る者が保護さるべきであると解するのが妥當であると思はれる。^④次にその理由を示すであらう。

我商法及び改正法案が商號選定自由の主義を採ると共に商號眞實の原則は本則として採用して居らぬ結果、各商人は、それが會社であると否とに拘らず、他人の商號と誤認混同を生ぜざるやうな商號を採用するの餘地が與へられて居るのである。故に同一營業區域内に於て同一氏又は氏名を有する者がその氏又は氏名を同一種類の營業に商號として使用することを知つて居る限りは、之と判然區別することを得るに足るべき商號を採用し得べきは、當然に可能であり、且つ之を爲すことは商人間に於ける良俗觀念（商人道德とも云ひ得るが一般の道德觀とは必らずしも一致しないだらう）に合する所以である。^⑤然りとすれば、自己が他人と同一氏又は氏名を有するの理由だけで、先使用に在る他人の商號と同一の商號を使用することは、既に良俗違反の行爲であるし、他人が既にその商號によりて一定の營業區域に於て、營業上の利益を得て居ることを知りながら、一般世人又は取引者に、その誤認混同を生ぜし

むることを欲するか、若くは此の如きは避くべきであるに拘らず、之を避くるについて注意を怠りたるが如きは、その商號の選定使用に違法性を與ふるものであるから、その行爲は不法行爲乃至準不法行爲として、行爲者に責任を負はすべきであると云はざるを得ないのである。尙ほ此の筆者の見解は改正法案第二十一條の解釋にも當然該當せしめ得るものと思ふ。^⑥尙ほ亦之を一言にして云へば、故意又は過失によりて（此の條件殊に故意は要件ではないと思ふ）他人の勞力を僭奪して、損害を與ふことは違法な行爲であり、本項の場合は實に此の場合に該當するものである。

既に第一章に述べたやうに、筆者は商號そのものを人格權の客體としてのみ取扱つて居らないのであるし、氏又は氏名を商號として行使するときも、それは人格權行使の一場合として、或は人格的貨物の利用の一場合としてのみ取扱つて居らぬのである。^⑦何故ならば氏又は氏名が商號として使用されるときにも、それは商人を表彰するのではあるが、之を競争法的に云へば、その商人の營業的活動の實施について商人を表彰するのであると共に、その商人の營業的活動の個性は商號によりても表徵され得るのであるから、商號の行使は營業的活動を特定の範圍に安全化、確定化せしむることによりて商人に一定の經濟的利益を與ふるものであつて、此の利益は商號の行使を認むる以上、當然法律によりて保護せらるべき利益であると思はれるのみならず、商號が商人を表彰するが故に保護されると云ふのは、上述のやうに解しない限り無益であるからである。従て上述した見解によれば、氏又

は氏名よりなる商號が法律上保護に價するためには、その商號は現實に行使され且つ一定の價值をその商人の營業的活動に與ふるに足るものでなければならぬわけである。

未登記商號と登記商號との關係に就いても略々同様な理論が樹て得らるのであるが、我商法(改正法案も同じ)では同一商號は同一市町村内では原則として存し得ないし、登記商號權者は不正競争の目的を以て同一又は類似の商號を同一營業のために使用することを差止め得る(商一九、二〇、改一九、二〇)から先使用に在ると否とに拘らず、登記商號權者が保護されるのが原則であるが、商法第二十條第三項(改二〇Ⅲ)では、同一市町村内で同一商號を行使する者は不正競争の目的ありと推定せられるので、商人である以上は、商號登記の有無を知れるか、少くとも之を調査するの必要あるを感ずべきであるから、普通は此の推定規定が適用される。尙ほ亦自己の氏又は氏名を商號と爲すの必要は我商法では認められないから、此の推定規定は益々その効果を増大することとなる。然し先使用にある商號の存するに拘らずそれと混同の虞ある自己の氏又は氏名を登録した者に迄上述の保護が與へらるるや否やは疑はしい。此の場合は之を後述する所に譲つて、本項では此の問題には觸れない。

註③ 此の問題は商號眞實の原則を採り、個人商人はその氏、又は氏名を以て商號と爲し且つ登記を爲すべき義務を認むる獨逸商法(同第十八條參照)に於ても同國不正競争防止法第十六條の規定の解釋に當つて同様に困難な問題を生ずる。英米法では商號自

由主義を採るのでその理論は後述の場合と略々同様であるが、主として商品の混同の場合について論ぜられ、何人と雖も他人の商品を自己の商品として販賣する権能なしと云ふ原則の下に於て取扱はれて居る。此の場合に就いては拙稿「英法に於ける商品の混同」本校研究館彙報第二十三卷第五號を参照され度し。

④ 此の場合を純然たる不正競争行爲なりとするならば、故意を以て要件とする必要はない、又過失も必要でないかも知れない。競争意思を以て、他人の商號と誤認混同を生ぜしむるが如き方法で同一又は類似の商號を使用さへすれば、既に良俗違反たる行爲が爲されたことになるから、單に同一又は類似の他人の商號が存在して居る事實を認識すれば良いわけである。

⑤ 獨逸商法では個人商人及び合名會社は氏又は氏名を以て商號と爲す義務があるのに(同法一八)、株式會社(有限責任會社も同じ)の商號については何等の制限を置いて居らぬので、聯邦裁判所は個人商人又は合名會社は、その氏又は氏名或は社員氏の又は氏名を商號として使用したときに、他の同一氏又は氏名を有する者の商號と混同を生じても商法第十八條第二項に抵觸せぬ限り、何等の責任を負ふことのないのを原則とし(RGZ. 116, S. 608 參照)、之に反し株式會社は、他に適當なる商號を選定し得るから、社員氏の又は氏名を商號としたときには、これによりて生じた損害については責任を負ふべき旨を主張する(RGZ. 116, S. 234; 111, S. 67 參照)。従て例へば從來小營業者たる城を脱しなかつた者即ち小商人が既存の商人の商號と同一の氏名を以て商號となして、その組織を變更して株式會社として營業を繼續したときには、前者の侵害となるわけである。然し上述の如き理論は現在に於ては必らずしも絶對的に守られるのではなく、商號行使者に他人の勞力を借竊する事實ある限り、如何なる場合でも同國不正競争防止法第一條或は民法第八百二十六條によりて不正競争と爲さるる (Callmann, a. a. O. Anm. 103 c zum § 16 S. 333; Becher, a. a. O. Anm. 43 fg. zum § 16, S. 215 ff.)。其の他の場合に關しては Callmann, a. a. O. Anm. 105 fg. zum § 16; Becher, a. a. O. Anm. 40 fg. zum § 16; Baumbach, a. a. O. S. 342 ff. 等に詳論されて居るが、ローゼンタールは、個人商人として營業を爲さんとする新商號行使者はその商號の選定に際しては、商法第十八條の要件を回避すべきであるとすることに反し (Rosenthal, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1930, Note 24 a zum § 16) プラ

イトは、新商號行使者は識別能力ある附加標章を附するか、別個の商品の包裝を採用すれば足るとして居る (Brit. E. J.W. 1926, S. 1422 ff.; 1928, S. 321 ff.)。然し我國に於ては商號眞實の原則を採用せぬので直ちに之等の學說を採用し得ないのは明白である。

⑥ 改正法案第二十一條は何人と雖も類似商號の行使によりて營業の混同を爲すことを得ない趣旨の規定であつて、獨逸不正競争防止法第十六條と相似の規定である。但し不正の目的の存在を要件として居る點に於て、獨逸法とは相異して居る。然し不正の目的と云ふのは、その意味が明白でないで、之を削除してしまふ方が立法論的には良いと考へらる。さうすれば故意又は過失を立證することは必ずしも必要でないのである。

⑦ Callmann, a. a. O. Ann. 103 zum § 16, S. 331; Reimer, a. a. O. S. 410; S. 61, Ann. 18, S. 59ff. に就いて參照され度い。即ち此の場合の商號は營利の手段として考へらるのである。但し之がために一般的法律取引に於ても、氏名の人格貨物的性質を絶對的には否定し得ないのである。

四 商號が他人の氏名より構成せられ得るや否やに就いては我國に於ても争の存する所である。多數説の説く所は、我商法第十六條(改正法案一六)には商人は氏氏名又はその他の名稱を以て營業上の名稱即ち商號と爲し得る旨を定めるので、他人の氏名を以て自己の商號となすは敢へて差支へないものとして居る。然し此の考にも一定の制限があつて、他人の氏名を商號として使用することが他人の商號權又は氏名權若は氏名行使に於ける利益を侵害する場合には、それは許されないとして居る。

我商法では商號の選定使用は原則として自由であり、且つ商號眞實主義は原則として採用されて

居らぬので、商法第十六條（改正法案一六）に所謂その他の名稱中には他人の氏名が包含され得るのは勿論である。そして他人の氏名の使用に際しても他人の利益を侵害すべからざるは所論の通りである。

然らば氏名上に於ける利益保護に關する理論は商號保護に關する規定の適用範圍を或る部分については蔽ふものであることが、此所では認めらるることとなるので、他人の氏名を商號として登記を爲した者に故意又は過失ありたる場合、或は不正競争の目的ありたる場合には、氏名を有する者はその行使の差止を請求し得るのみならず、登記の抹消をも請求し得るものと爲さねばならぬはずである。即ち此の如き商號の續用と登記の存続とは違法狀態の存続を意味するものであるから、此の如き狀態は之を除去するのが法の精神の要求する所であるからである。而して尙ほ附言するならばその狀態はあたかも民法第九十八條に於ける占有妨害の場合に酷似して居るのであるからである。其の他他人の氏名を適法に商號と爲した場合は前述（二）の場合と同様の理論が適用さるべきであるので、特に論じない。

第四章 登記商號と未登記商號との關係

一 商號は、その登記の有無に關係なく、營業上商人を表彰するものであるが、所謂商號專用權を生

じ、商法によりて保護されるには、登記がなされなければならぬ。然し未登記商號でも、營業上商人を表彰することによりて、その帶有者に營業上の利益を持ち來らしむるものである限りは、法律上之が保護を爲すべきは當然である。然らば登記商號と未登記商號との關係從てその法律的保護の範圍に於ける關係はどう觀るべきであるかの問題が生じるのである。即ち之を具體的に云ふならば登記商號よりも未登記商號が先使用の關係にあるときには、未登記商號の帶有者は單に商法第二十條第二項の推定規定（改正法案第二十條第二項）の適用を排除し得る消極的な保護のみを受くべきであるかどうかの問題であつて、改正法案第二十一條は此の場合にも何等かの影響を與へるかどうかの問題は必然的に之に隨伴するものである。

そして之等の問題を研究するに先立つて未登記商號についても商號權を認むべきであるかどうかを研究しなければならぬのであるが、これに就いては既に述べた通りであつて、商號の行使に於ける人格的利益と經濟的利益とは商號權の内容を爲すものであつて、此の如き意味に於ては商號權を認むることは何等の不合理ではない。假に商號權を認めずとするも、商號行使に於ける利益は營業の安全と取引秩序の維持を爲すについて法律的保護が與へらるべきであることは、商法が商號に關する規定を設けたる精神によりても明白に之を知り得るのである。從て此所では商號權が成立するかどうかは之を論ずる必要を見ないのである。

二 既に述べたやうに商號がその行使者に特別の利益を與へるのは、その者が商號を營業上使用し、それが取引上認識されると共にその使用が先使用の關係にあるが故であると觀ざるを得ないのであつて登記の有無は商號に商號特有なる効果を與へるとは限らないのである。

從て未登記商號の使用者と雖も常に登記商號權者より使用の差止めを請求せられるはずはない。然し未登記商號權者の利益は、これだけでもつて保護が充分になされて居るとは云へないのである。即ち商號の登記を爲した者に不正の目的があつたときは、未登記商號權者の利益と多年の勞力とが相手方の形式的法律手段によりて完全に奪ひ盡され、その代償として與へらるるものは、單に商法第二十條（改正法案第二十條）の適用を免れ得るにすぎざるが如きは、衡平の觀念に合しないが故に、唯々法の與へる適當なる手段を採ることを怠つたと云ふだけで、何等の保護を與へないわけには行かぬと思はれる。殊に登記商號權者がその商號を營業上使用すること稀なるに拘らず、此の如き者に法律が強力なる權能を與へ、頻繁に商號を用ひ取引界に於て既に交易的效果を取得せる商號を未登記商號なりと云ふだけの理由で保護することの極めて薄いのは如何なる辯解を爲さうとも、それは不條理である。然るに我大審院は嘗て未登記商號權者は登記商號權者の同一又は類似商號の使用差止めを請求し得ざる趣旨の主張を爲して居る（大審大四、六、五、判、民錄二二一九〇一、日本判例大成第八卷一〇二所收）。尙ほ下級審に於ては、更に登記商號の帶有者が未登記商號の存在を知悉し、その惡意に出でた事實あ

りとするも、未登記商號權者はその登記商號權者の商號の使用禁止及商號登記の抹消を請求し得ざる旨を積極的に主張せるものがある^②（大阪地、昭三、二、一三、判新聞二八五九一二、日本判例大成前出二〇八所收参照）。

惟ふに、商號第十九條及び第二十條（改正法案一九、二〇）が商號專用權の發生原因を登記に求めたのは、その登記が正當に爲されたことを前提とするものなることは登記制度が商人の信用維持を目的とする點より觀て明白である。假に登記官吏に形式的審査權のみを認めたとしても、將亦實質的審査權をも認めたとしても、未登記商號が既に存在し登記の申請が爲された商號が之と同一又は類似のものたることを知らなかつたことにつき登記官吏は何等の責任を負はないのではあるが、さればと云つて登記された商號であつても、それが不正の目的に出でて居る限りは、登記によりて正當化されるはずがないのであると共に商號の選定は自由であるから未登記商號の存在を知れるものはこれと混同を生ずるが如き虞なき商號を選定使用し得るのは容易であるに拘らずその努力を拂はざるが如きは取引上の良俗に反する行爲である。然らば前掲の二個の判決は商業登記制度の本質を誤解し、取引上の良俗の維持を使命とする法の精神を曲解するにより生じた謬見を示したにすぎない。

論者或は商號登記は設權的效力を有するものであつて、形式的眞實が保たれる限り、商號專用權は生ずるものであつて且つそれを以て足りるが故に前述の如き所論は正當に非ずと爲すかも知解らぬ

が、それは商號專用權の本質を充分に理解し得ざることより生ずる誤であると共に商號登記により商號專用權が発生することと商號自體の交易的效力の發生との問題を混同した結果生じた考へであると思はれる。或は亦商法が商號登記の制度を認めた趣旨より觀れば、登記商號が未登記商號に優先して保護さるべきであるが故に前述の如き結果も亦止むを得ざるものであるとなすかも知れぬが、それは商號の本質を理解せざるに出でた謬見である。即ち商號は營業的活動に於ける主體を彼此區別する效力を有するものであつて、それが登記されることによりてこの效力を生ずるものではない。又登記そのものは公衆的關係に於て眞實の事實を公開することによりて意義を有すると共に取引の安全を保つがために存在的價值を有するので、不眞實の商號を登記したときは勿論のこと、他人が既に交易的效力を有する商號と混同するが如き商號を登記するが如き者に商號專用權を與へて法律的保護を加ふるの必要は、少なくとも未登記商號權に對する關係に於ては、存在しないから、此の如き考は許されない。

註① 此の理は一般に認められるので特に説明を要しないが、先使用の利益が認めらるるのは、商號自由の原則を採用する法制の下に於ては、比較的困難である。然し商號の人格貨物的性質を認むる以上止むを得ないであらう。獨逸法では當然に斯く解して居る (Vgl. Reimer, a. a. O. S. 447, Anm. 3-4)。

② 此の如き關係は商標法についても生ずる。獨逸でも從來は惡意による商標の登録はその登録商標としての價值には何等の影響を與へずとして居たが近時は此の如き商標を特に保護する必要なしとして居る (RGZ. 66, S. 286; 97, S. 90; 111, S. 192; 112, S. 192)。

Reimer, a. a. O. S. 320, S. 207)。

三 然らば商號が營業上の標章として使用されたとき、例へば商品標章として使用された場合にも此の理を推し進むことを得るや否やと云ふに、依然として同理であると云はざるを得ない。

我國に於ては、商號眞實の原則を採用しないので、商號と商人との關聯或は結合は充分ではないのであつて、商號の先使用の事實が無條件には、優先的地位をその使用者には與へ得ないかも知れないが、我不正競争防止法が要求するが如く、取引上廣く認識された商號であるならば、先使用にあるものが保護されるべきであることは既に述べた通りである。從て此の如き條件を充たした商號については、假令それが未登記商號であらうとも保護せらるべきであるから、此の如き未登記商號の存するを知りて、同一又は類似の商號を登記し、之を商品標章として使用したときは、登記商號權者と雖も、此の如き商號の使用は禁ぜらるべきである。一般的に不正競争の觀念が認めらるるならば、上述の如き行爲のみならず總ゆる行爲が禁ぜらるべきであり且つ權利濫用の法理が此の場合にも適用され得るならば、それだけの理由からも禁ぜらるべきであることは、^二の場合と同様である。又改正法案第二十一條に於ても營業の混同を生ずるが如き商號の行使は禁ぜられるので、或る商號が既に所謂交易的效力を取得して居るに拘らず他人が營業の混同によりて有利な地位を獲んがために、登記商號が優先的に保護されるのを利用して、類似商號を選定し、之について登記の申請を爲すが如きは商號

の不正なる目的による行使であると云はざるを得ないのであるから、同條第二項は當然に此の者に適用されるものと解せねばならぬだらう。

(昭二、一一、三二稿了)